Euroconference LEGAL
L'aggiornamento settimanale per l'Avvocato
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 8 dicembre 2020

Obbligazioni e contratti

I nuovi intermediari del Real Estate e turismo
di **Donatella Marino**

Impugnazioni

È nulla (e non inesistente) la notificazione dell'atto di appello effettuata presso il difensore revocato
di **Valentina Baroncini**

Esecuzione forzata

Tipicità degli atti soggetti a opposizione agli atti esecutivi: esclusione degli atti degli ausiliari del giudice
di **Cecilia Vantaggiato**

Responsabilità civile

Morte del paziente, responsabilità medica e perdita di chance
di **Alessandra Sorrentino**

Comunione – Condominio - Locazione

Comodato senza determinazione di durata e termine risultante dall'uso cui la cosa deve essere destinata
di **Saverio Luppino**

Diritto e reati societari

Il mutamento dei quorum deliberativi di una S.p.A. non sempre legittima il recesso del socio
di **Dario Zanotti**

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Revocatoria ex art. 67 L.F. del pagamento ottenuto dalla escussione di pegno
di **Mario Furno**

Diritto Bancario

La richiesta di produzione della documentazione bancaria ex art. 119, comma 4, TUB
di **Fabio Fiorucci**

Diritto del Lavoro

Il Fondo di garanzia istituito presso l'INPS. L'accertamento dello stato di insolvenza del datore di lavoro inadempiente .
di **Elisa Pirrotta**

Privacy

Sanità digitale: un recente caso di data breach sanzionato dall'Autorità Garante
di **Franco Cardin**

Obbligazioni e contratti

I nuovi intermediari del Real Estate e turismo

di **Donatella Marino**

CGUE Sent. 19/12/2019 C-390/18 – Cass. Sent. Sez. III, del 14/07/2009 n.1 6382 – Cass. Sent. Sez. II, del 06/12/2016 n. 24950

Parole chiave

Intermediari – mediatori – agenzie viaggio – agenzie immobiliari – OTA – *On line travel agencies* – piattaforme di intermediazione – portali – esclusività – incompatibilità

Sintesi della questione

Le piattaforme digitali hanno trasformato il mondo dell'intermediazione nella *Hospitality*, settore che abbraccia sia la ricettività – alberghiera e non – sia le locazioni di alloggi con finalità turistica. Una trasformazione economica, culturale e, a seguire, giuridica. Da tempo il turista non è più un viandante che bussa alla locanda in cerca di ospitalità. Il turista di oggi – figura di complessa ricostruzione, non necessariamente coincidente con la nozione di *viaggiatore* – trova l'alloggio su Internet: lo individua attraverso immagini e informazioni, schiaccia un pulsante e diventa titolare di diritti e obblighi nei confronti di una serie di interlocutori. Tra questi, *in primis* ma non solo, i portali dedicati a questa tipologia di intermediazione: nati per favorire l'incontro tra domanda e offerta nel turismo, hanno penetrato ormai anche il comparto del *Real Estate* intervenendo nella conclusione – ma non solo – di locazioni di breve e medio periodo. Ma il ruolo dell'*intermediario*, giuridicamente, non è enucleato: dalla figura tradizionale del mediatore si evolve mutuando caratteri e istituti – e dunque confondendosi – con altre figure contrattuali tipiche quali il mandatario, l'agente o il procacciatore di affari. Fino a giungere alle prime interpretazioni provenienti dall'Europa sul ruolo dei portali, definiti – non mediatori bensì – soggetti che offrono *servizi della società dell'informazione*. Per di più si sta stabilizzando la prassi che vede le parti concludere con crescente creatività contratti atipici che alterano i caratteri classici di ciascuna fattispecie.

Il mediatore nell'ordinamento italiano

Il mediatore, nella sua accezione tradizionale, è la figura tipizzata dal nostro Codice civile per svolgere il ruolo di intermediazione imparziale tra due soggetti. È il soggetto che "*mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*" (Art. 1754 c.c.). Un ruolo che ha sempre ricevuto una particolare attenzione da parte del Legislatore (non solo italiano) a causa dei valori economici coinvolti e dal conseguente grado di professionalità richiesto. Tant'è che

sono stati creati dei "Ruoli" presso le Camera di Commercio, a partire dalla Legge del 21 marzo 1958, n. 253, proprio per tutelare la sicurezza dell'affare ed entrambe le parti coinvolte. Ancora oggi la L. 3 febbraio 1989, n. 39, come modificata dall'art. 73 del D.Lgs 26 marzo 2010 n. 59, individua la specifica figura dell'"*agente di affari in mediazione*", prevedendo una serie di requisiti per l'accesso e l'esercizio dell'attività, oltre all'obbligo di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA).

Tuttavia, con la rapida evoluzione del sistema economico nell'era digitale e l'attenzione dell'Europa alle regole della concorrenza la disciplina di questa figura professionale stenta a rimanere attuale. Difficoltà che crescono quando l'attività di mediazione si intreccia con altri elementi contrattuali, evocando figure simili ma meno regolamentate, cresciute e ormai legittimamente affermate nel nostro sistema in virtù del principio della libertà di iniziativa economica.

Gli agenti d'affari in mediazione immobiliare

Ai sensi del D.M. 21 dicembre 1990, n. 452 recante il regolamento di attuazione della L. n. 39/1989, per "*agenti immobiliari*" si intendono coloro "*che svolgono attività per la conclusione di affari relativi ad immobili ed aziende*." La tradizionale attività di intermediazione in ambito immobiliare si sostanzia di solito nel favorire il contatto tra le parti e assisterle durante le trattative fino a condurle alla conclusione dell'affare. La giurisprudenza, non sempre pacificamente, tende a ritenere che "*l'attività di mediazione prescinde da un sottostante obbligo a carico del mediatore stesso […]*" (ma non sempre lo esclude) e che "*la messa in relazione delle parti ai fini della conclusione di un affare è dunque qualificabile come di tipo non negoziale ma giuridica in senso stretto*" (Cass. Sez. III, del 14/07/2009 n.16382). L'autonomia del mediatore dall'una e dall'altra parte, si sostanzia nel requisito della terzietà che "*è espresso per lo più […] col richiamo a concetti quali -imparzialità- o "neutralità", rispetto ai soggetti posti in relazione tra loro in vista della conclusione dell'affare*" (Cass. Sez. II, del 06/12/2016 n.24950).

Proprio per l'attenzione rispetto alla sicurezza dell'affare e alla salvaguardia imparziale degli interessi delle parti, il Legislatore prevede per i mediatori immobiliari (così come per gli altri mediatori) specifiche incompatibilità. Oggi le incompatibilità riguardano sostanzialmente l'esercizio di attività di "*produzione, vendita, rappresentanza o promozione dei beni afferenti al medesimo settore merceologico per il quale si esercita l'attività di mediazione*", o di dipendenza rispetto ad enti che se ne occupano, o ancora con l'esercizio di professioni intellettuali nello stesso settore (art. 5 co.3 L. n. 39/1989). La mancanza di definizioni giuridiche e univoche delle categorie utilizzate rende tutt'ora difficile individuare natura e limiti delle attività concesse.

Travel agent* e *tour operator

Nella filiera turistica i più noti intermediari sono le agenzie viaggio. In Italia venivano definite dall'art. 18 del Codice del turismo come "*imprese turistiche che esercitano congiuntamente o disgiuntamente attività di produzione, organizzazione ed intermediazione di viaggi e soggiorni e ogni altra forma di prestazione turistica a servizio dei clienti, siano essi di accoglienza che di*

assistenza, con o senza vendita diretta al pubblico, ivi compresi i compiti di assistenza e di accoglienza ai turistici"

Attraverso contratti specifici il *travel agent* si impegna a procurare al turista singoli servizi turistici o un pacchetto già organizzato da un altro imprenditore: il *tour operator* (Direttiva UE 2015/2302, recepita dal D.Lgs 21 maggio 2018, n. 62). La disciplina dei pacchetti turistici si interseca con quella prevista dal c.d. Codice del Consumo, posta a tutela del consumatore (D.Lgs 6 settembre 2005, n. 206), che prevede specifiche responsabilità rispetto ai relativi ruoli.

I portali di intermediazione nel mondo della *Hospitality*

Figura controversa, ma recentemente enucleata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea sono le "piattaforme di intermediazione" o "portali *online*" di cui i singoli si servono abitualmente nella ricerca di strutture turistiche o alloggi privati offerti in locazione. Si tratta di operatori che certamente svolgono un'attività di intermediazione. Ma non per questo rientrano nella categoria degli intermediari. È quanto hanno specificato i Giudici europei nella decisione (destinata alla Francia) che coinvolge Airbnb-Ireland (CGUE, Sent. 19/12/2019, C-390/18) escludendo l'attribuzione del ruolo di mediatore ai sensi della normativa francese. "*Un servizio di mediazione, che ha lo scopo, tramite una piattaforma elettronica, di mettere in contatto, dietro retribuzione, potenziali locatari con locatori, professionisti o meno, che offrono servizi di alloggio di breve durata, e che fornisce, nel contempo, anche un certo numero di prestazioni accessorie a detto servizio di mediazione" si qualifica come "servizio della società dell'informazione*". La Direttiva UE 2015/1535 (art. 1 par. 1 lett. b) definisce tale tipologia di servizio "*qualsiasi servizio prestato normalmente dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e a richiesta individuale di un destinatario di servizi*". Tali servizi, ai sensi della Direttiva CE 2000/31, non possono essere limitati salvo che per ragioni specificatamente elencate nella direttiva (ordine pubblico, sanità pubblica etc.) e a determinate e specifiche condizioni.

I gestori di immobili

L'autonomia contrattuale sta infine portando alla costruzione di una nuova figura di gestione (c.d. *Property manager)* di immobili rivolti alla *Hospitality*. Un ruolo del tutto de-regolamentato, ma che sta prendendo piede negli ultimi anni. È un'attività dai caratteri fluidi, che può servirsi e intersecarsi con ciascuna delle precedenti figure così come può invece ricorrere ad altre strutture contrattuali, specie nelle operazioni di c.d. "vuoto per pieno", con accordi di natura locativa o contratti di affitto di azienda. Un soggetto che tende a uscire dall'alveo dell'intermediazione, operando essenzialmente nell'interesse proprio e del proprietario offrendo servizi volti a rendere ottimale la redditività e fruibilità dell'immobile affidatogli con strumenti contrattuali estremamente eterogenei, ricostruiti di volta in volta sulle esigenze delle parti.

Impugnazioni

È nulla (e non inesistente) la notificazione dell'atto di appello effettuata presso il difensore revocato

di **Valentina Baroncini**

Cass., sez. III, 18 novembre 2020, n. 26304, Pres. Vivaldi – Est. De Stefano

[1] Impugnazioni – Luogo di notificazione dell'impugnazione – Notifica effettuata presso il difensore revocato – Inesistenza – Nullità (artt. 291, 330 c.p.c.)

La notifica dell'atto di appello effettuata nei confronti dell'originario difensore poi revocato, anziché in favore di quello nominato in sua sostituzione, non è inesistente, ma nulla, anche ove la controparte abbia avuto conoscenza legale di detta sostituzione, sicché la stessa è sanabile a seguito della costituzione del destinatario della notificazione, quand'anche al solo scopo di eccepire la nullità.

CASO

[1] Due professionisti citavano in giudizio una società al fine di ottenerne condanna al pagamento dei compensi maturati per alcune prestazioni rese a favore della medesima.

Il giudice di primo grado, ritenuto provato il conferimento e l'espletamento degli incarichi professionali, accoglieva le richieste dei professionisti.

Avverso tale sentenza, la società proponeva appello che veniva però notificato, quanto a uno dei due professionisti, presso l'originario suo difensore in primo grado, poi sostituito in corso di lite. Nel giudizio di seconde cure, entrambi gli appellati provvedevano a costituirsi nei termini; in ogni caso, la società appellante procedeva a notificare nuovo atto di appello all'effettivo, nuovo difensore.

La Corte d'Appello, riunite le impugnazioni, dichiarava tuttavia inammissibile quella proposta nei confronti dell'appellato in questione, ritenendo inesistente (e non sanabile) la prima notificazione effettuata al difensore già revocato, e tardiva la seconda, eseguita al corretto

destinatario ma oltre il termine breve decorrente dalla prima notifica.

La società proponeva così ricorso per cassazione, in particolare denunciando la nullità della sentenza *ex* art. 360, n. 4), c.p.c., contestando la reputata inesistenza della notificazione eseguita all'avvocato poi revocato, assunta dal giudice di seconde cure quale causa di esclusione: *a*) della sanatoria determinata dalla pacificamente avvenuta costituzione in appello del destinatario della notifica del relativo atto introduttivo; *b*) della rilevanza della successiva rinnovazione spontaneamente eseguita, benché oltre il termine di trenta giorni dalla prima.

SOLUZIONE

[1] La Suprema Corte si pronuncia a favore della fondatezza del motivo di ricorso proposto.

In particolare, la Cassazione ricorda come, effettivamente, esistesse un orientamento giurisprudenziale favorevole alla qualificazione del vizio in esame nei termini dell'inesistenza della notificazione effettuata; tuttavia – prosegue la Corte -, tale posizione deve oggi considerarsi superata, specialmente alla luce della pronuncia di Cass., sez. un., 30 gennaio 2020, n. 2087, la quale, in linea con l'evoluzione in senso restrittivo della nozione di inesistenza da qualche tempo intrapresa dalla stessa giurisprudenza di legittimità, ha degradato detto vizio a causa di mera nullità, sussistente anche laddove la controparte abbia avuto legale conoscenza dell'avvenuta sostituzione del legale e suscettibile di sanatoria o mediante la rinnovazione dell'atto o mediante la spontanea costituzione in giudizio dell'appellato.

Nella fattispecie decisa dal provvedimento in epigrafe, ciò implica che la notificazione dell'atto di appello effettuata al difensore poi revocato dell'appellato avrebbe dovuto essere qualificata nei termini di nullità sanabile ed effettivamente sanata, nel caso di specie, dall'avvenuta tempestiva costituzione dell'appellato nel giudizio di seconde cure.

Conseguentemente, la Cassazione, in accoglimento del ricorso, ha cassato la pronuncia con rinvio della causa ad altra sezione della Corte d'Appello competente.

QUESTIONI

[1] La questione affrontata dalla Cassazione attiene al regime processuale da riservare al vizio integrato da ciò, che la notificazione dell'atto di appello sia effettuata al difensore

dell'appellato revocato e sostituito in corso di lite durante il giudizio di primo grado.

Prima di procedere nell'analisi di tale questione, è senz'altro utile richiamare il quadro normativo di riferimento.

Norma fondamentale in materia di notificazione dell'atto di impugnazione è l'art. 330 c.p.c., il cui primo comma prevede che «se nell'atto di notificazione della sentenza la parte ha dichiarato la sua residenza o eletto domicilio nella circoscrizione del giudice che l'ha pronunciata, l'impugnazione deve essere notificata nel luogo indicato; altrimenti si notifica presso il procuratore costituito o nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio». La disposizione provvede a definire le modalità necessarie per la notificazione dell'impugnazione, indicando regole che devono essere osservate in ordine successivo (per i dovuti approfondimenti, si rinvia a S. Izzo, A. Tedoldi, *sub* art. 330 c.p.c., in C. Consolo (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 1199 ss.).

Nel caso di specie, come è possibile desumere dalla narrativa in fatto, l'atto di appello doveva essere notificato presso il (nuovo) difensore della parte appellata. Erroneamente, lo si ripete, parte appellante ha proceduto a notificare l'atto di impugnazione presso il precedente avvocato, revocato nel corso del giudizio di primo grado.

In materia di vizi inerenti alla notifica dell'atto di impugnazione, può essere ricordata l'evoluzione conosciuta dalla giurisprudenza di legittimità (e ripercorsa nella parte argomentativa del provvedimento in esame), in un primo momento attestata nel senso che la notifica eseguita presso il procuratore cui fosse stato revocato il mandato (e sostituito da un altro) fosse da considerare inesistente e come tale insuscettibile di sanatoria ai sensi dell'art. 291 c.p.c., una volta che nel giudizio la controparte avesse avuto conoscenza legale della sostituzione (in tal senso, tra le più recenti, Cass., 11 gennaio 2017, n. 529; Cass., 19 gennaio 2016, n. 759; Cass., 27 luglio 2012, n. 13477).

Tale orientamento, tuttavia, è stato recentemente superato nell'ambito di un indirizzo tendente a restringere l'ambito applicativo della categoria dell'inesistenza, a tutto vantaggio della nullità, evidentemente allo scopo di favorire la possibilità per il processo di giungere a una decisione nel merito ed evitare una declaratoria di *absolutio ab instantia*.

La prima pronuncia in tal senso può essere identificata in Cass., sez. un., 20 luglio 2016, n. 14916, la quale ha chiarito che «il luogo in cui la notificazione del ricorso per cassazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto, sicché i vizi relativi alla sua

individuazione, anche quando esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia *ex tunc*, o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su ordine del giudice ex art. 291 c.p.c.» (conf., Cass., 9 marzo 2018, n. 5663). Tale arresto ha altresì provveduto a identificare le ipotesi, da ritenersi marginali, in cui si può configurare il vizio di inesistenza della notificazione dell'atto di impugnazione, ossia il «caso di mancanza materiale dell'atto, nelle ipotesi in cui si ponga in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale, nella categoria della nullità».

In piena sintonia con tale indirizzo si è posta la recente e già menzionata Cass., sez. un., n. 2087/2020, la quale ha precisato, per l'appunto, che la notifica dell'atto di impugnazione all'originario difensore «è invalida ma tale invalidità integra una mera nullità, suscettibile di sanatoria, vuoi per spontanea costituzione [...], vuoi a seguito della rinnovazione dell'atto introduttivo del giudizio da ordinarsi – in caso carenza di attività difensiva della parte intimata – ai sensi dell'art. 291 c.p.c.» (conf., già Cass., 24 gennaio 2018, n. 1798).

In definitiva, la pronuncia in commento si pone in linea di continuità con il recente orientamento, più volte confermato anche dal massimo organo di nomofilachia, secondo cui i vizi della notificazione dell'atto di impugnazione qualificabili come ipotesi di inesistenza devono considerarsi del tutto eccezionali e residuali; viceversa, e per quanto specificamente attiene al caso *de quo*, la notifica dell'atto di appello erroneamente effettuata all'originario difensore della parte appellata, revocato e sostituito nel corso del giudizio di primo grado, pur in caso di legale conoscenza di detta sostituzione in capo alla parte appellante, non configura (più) un'ipotesi di inesistenza della notificazione medesima, bensì di nullità della stessa, sanabile tramite sua rinnovazione ovvero costituzione spontanea della parte appellata nel giudizio di seconde cure.

Esecuzione forzata

Tipicità degli atti soggetti a opposizione agli atti esecutivi: esclusione degli atti degli ausiliari del giudice

di **Cecilia Vantaggiato**

Cass. civ. Sez. VI – 3, Ord., (ud. 29-10-2020) 17-11-2020, n. 26056

*Deve escludersi in radice l'autonoma impugnabilità degli atti compiuti da qualunque ausiliario del giudice e, tra questi, di quelli dell'Ufficiale giudiziario: essi vanno, invero, sottoposti al controllo del giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 60 c.p.c. – o nelle eventualmente diverse forme, come nel caso dell'art. 591-*ter *c.p.c., espressamente previste dalla disciplina del singolo tipo di procedimento esecutivo azionato – e solo dopo che il giudice stesso si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato sarà possibile opporre il provvedimento, così da questi reso, con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c.*

CASO

Il Tribunale di Messina respingeva l'opposizione *ex* art. 617 c.p.c. con cui PA, PC e PL avevano impugnato il verbale stilato dall'ufficiale giudiziario a conclusione dell'esecuzione per il rilascio dell'immobile, contestando l'identità del bene con quello descritto nel titolo esecutivo azionato. Gli opponenti ricorrevano in Cassazione.

SOLUZIONE

La Corte di cassazione ha ritenuto inammissibile il ricorso, escludendo in radice l'impugnabilità degli atti compiuti dagli ausiliari del giudice dell'esecuzione.

QUESTIONI

La questione riguarda l'autonoma impugnabilità del verbale stilato dall'ufficiale giudiziario a conclusione dell'esecuzione forzata per rilascio dell'immobile.

Occorre premettere che il processo esecutivo si articola in un sistema chiuso di rimedi (nominati e tipici), di talché non è consentita azione in forme diverse dalle opposizioni esecutive o dalle altre iniziative cognitive specificamente previste dal sistema processuale. A ciò si aggiunga che il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617, comma 2, c.p.c. è esperibile soltanto contro atti riferibili al giudice dell'esecuzione, il quale è l'unico titolare del potere di impulso e controllo del processo esecutivo.

Quando invece l'atto che si assume contrario a diritto sia riferibile a un ausiliario del giudice

(come può essere il professionista delegato o l'ufficiale giudiziario), lo stesso deve essere sottoposto al controllo del giudice dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 60 c.p.c. o nelle forme desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato. Eventualmente, solo dopo che il giudice stesso si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato sarà possibile impugnare il suo provvedimento con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c.

Il rimedio previsto nell'art. 60 c.p.c. stabilisce che, di fronte al rifiuto dell'ufficiale giudiziario di compiere atti del suo ufficio, la parte istante può rivolgersi al giudice dal quale l'ufficiale giudiziario dipende perché fissi un termine entro il quale l'atto dell'ufficiale giudiziario sia compiuto; in questo modo, sarà fatta salva l'autonomia del funzionario di operare le proprie valutazioni, ma sarà anche rispettato l'interesse del creditore procedente a un sollecito avvio dell'azione esecutiva (Cass. civ. Sez. III, 12-03-1992, n. 3030).

Conforta tale conclusione anche la norma di cui all'art. 591 *ter* c.p.c., in tema di operazioni di esecuzione per espropriazione di immobili delegate al notaio o ad altro professionista. Tale norma, quando nel secondo comma dispone(va) che "*restano ferme le disposizioni di cui all'art. 617 cod. proc. civ.*". deve essere interpretata nel senso che l'opposizione agli atti esecutivi è il mezzo esperibile contro le ordinanze del giudice dell'esecuzione pronunciate, sia a seguito del reclamo delle parti del processo esecutivo contro i decreti pronunciati dal giudice dell'esecuzione su sollecitazione del notaio delegato, in relazione a difficoltà insorte nelle operazioni di esecuzione, sia a seguito del reclamo delle parti avverso gli atti del notaio delegato, restando, pertanto, esclusa ogni possibilità di diretta impugnativa in sede giurisdizionale diversa dal reclamo tanto dei suddetti decreti quanto degli atti del notaio delegato" (così, Cass. 26.6.2006 n. 14707 e Cass. civ. Sez. VI, Ord., 20-01-2011, n. 1335).

L'art. 591 *ter* c.p.c. ha subìto una modifica a seguito del D.L. 27.6.2015, n. 83, convertito con L. 6.8.2015, n. 132, mediante la quale è mutato il rimedio da utilizzare avverso l'ordinanza del giudice ove sorgano difficoltà nel corso delle operazioni di vendita: non più l'opposizione agli atti esecutivi, ma il reclamo *ex* art. 669 *terdecies* c.p.c. La ragione di tale scelta è rinvenibile nella Relazione alla legge di conversione, la quale espressamente conferma che il reclamo *ex* art. 669 *terdecies* costituisce «un rimedio impugnatorio» introdotto, in luogo dell'opposizione agli atti esecutivi, «*al fine di accelerare la definizione delle pendenze*». Il legislatore ha di fatto eliminato dal controllo sugli atti del professionista delegato le forme della cognizione piena che caratterizza l'opposizione agli atti esecutivi.

Da quanto detto emerge, pertanto, la regola secondo cui nel processo esecutivo, finché l'atto dell'ausiliario del giudice, non è conosciuto e valutato dal giudice dell'esecuzione non può essere impugnato con l'opposizione *ex* art. 617 c.p.c.

La giurisprudenza ha codificato nel tempo ipotesi particolari in cui risulta possibile esperire l'opposizione agli atti esecutivi ex art 617 c.p.c: ciò avviene in tema di esecuzione per il rilascio di cui agli artt. 605 ss. c.p.c., ove l'opposizione agli atti esecutivi costituisca il rimedio accordato sia per far valere le irregolarità formali dell'atto di precetto sia per denunciare l'omissione o la nullità della comunicazione del preavviso di rilascio previsto dal comma 1

dell'art. 608 c.p.c (Cassazione civile sez. III, 11/12/2002, n.17636); o ancora, denunciabile con l'opposizione agli atti esecutivi, nel termine previsto dall'art. 617 cod. proc. civ. è l'ipotesi in cui l'omissione dell'avviso dell'espropriazione ai creditori che vantano sul bene espropriato un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri (art. 498 cod. proc. civ.) è causa di una pregiudizievole irregolarità (Cassazione civile sez. III, 22/03/1993, n.3379).

In conclusione, la sentenza in commento ribadisce un principio già espresso da precedenti pronunce e su cui concorda anche la dottrina, vale a dire che l'opposizione agli atti esecutivi è esperibile solo ed esclusivamente contro un atto del G.E. e non anche avverso un provvedimento emesso da un ausiliare dello stesso. Infatti, tale forma di opposizione assurge a rimedio generale avente ad oggetto l'irregolarità formale degli atti dell'esecuzione: con essa, infatti, si pone una questione di forma e non di merito, legata alla inosservanza delle norme processuali.

Non può ritenersi ammissibile, conseguentemente, la contestazione di un atto dell'Ufficiale giudiziario nelle forme di un'ordinaria azione di cognizione o di un'opposizione esecutiva, essendo anche tale atto assoggettato esclusivamente al controllo del giudice dell'esecuzione o nelle forme eventualmente diverse desumibili dalla disciplina del procedimento esecutivo azionato; sicché solo dopo che il giudice stesso si sia pronunciato sull'istanza dell'interessato è possibile impugnare il suo provvedimento con le modalità di cui all'art. 617 c.p.c.

Il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, pertanto, non è esperibile, ogniqualvolta il sistema preveda uno specifico strumento, quale può essere l'art. 60 c.p.c. (che consente alla parte di rivolgersi al giudice soltanto nel caso di comportamento omissivo dell'ufficiale giudiziario, per fare fissare un termine per il compimento dell'atto di competenza dell'ufficiale giudiziario) o l'art. 591 *ter* c.p.c. per gli atti del delegato e i provvedimenti del g.e. sui relativi reclami.

A tale proposito, di recente la stessa Suprema Corte (Cass. civ., sez. III, 09-05-2019, n. 12238) ha statuito che tutti gli atti del professionista delegato sono reclamabili dinanzi al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 591 *ter* c.p.c.; gli atti coi quali il giudice dell'esecuzione dia istruzioni al professionista delegato o decida sul reclamo avverso gli atti di questi hanno contenuto meramente ordinatorio e non vincolano il giudice dell'esecuzione nell'adozione dei successivi provvedimenti della procedura; il reclamo al collegio avverso gli atti suddetti del giudice dell'esecuzione mette capo ad un provvedimento che non ha natura decisoria e non è suscettibile di passare in giudicato; eventuali nullità verificatesi nel corso delle operazioni delegate al professionista, e non rilevate nel procedimento di reclamo ex art. 591 *ter* c.p.c., potranno essere fatte valere impugnando ai sensi dell'art. 617 c.p.c. il primo provvedimento successivo adottato dal giudice dell'esecuzione.

L'opposizione agli atti esecutivi può essere esperita, insomma, soltanto contro i provvedimenti del giudice dell'esecuzione.

12^ EDIZIONE
Master di specializzazione
DELEGATO NELLE VENDITE IMMOBILIARI
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Responsabilità civile

Morte del paziente, responsabilità medica e perdita di chance

di **Alessandra Sorrentino**

Cass. civ., Sez. III, 26 giugno 2020, n. 12928 ord. – Pres. Armano – Rel. Sestini

Perdita di *chance* – *Chance* di sopravvivenza e di cura – Responsabilità medica – Violazione dell'obbligo di informazione da parte del medico – Conseguenze dannose – Lesione del diritto alla salute e all'autodeterminazione – Nesso causale – Nesso causale presunto – Prova liberatoria

[1] La perdita di chance di natura non patrimoniale di cui si tratta in ambito di responsabilità sanitaria consiste nella privazione della possibilità di conseguire un vantaggio sperato, incerto ed eventuale, che può variamente atteggiarsi in termini di migliori opportunità di cura o di maggiore durata della vita o di sopportazione di minori sofferenze; in altri termini, nel sacrificio della possibilità di un risultato migliore;

al pari di ogni altro evento di danno, l'affermazione del pregiudizio da perdita di chance presuppone il necessario accertamento di un nesso di derivazione causale da una condotta colpevole (commissiva od omissiva), da effettuarsi secondo il consueto criterio della preponderanza dell'evidenza, senza possibilità di sovrapporre (e confondere) la possibilità costituente il contenuto della chance con la probabilità significativa sul piano eziologico;

per poter rilevare sul piano risarcitorio, la chance deve essere apprezzabile, seria e consistente (ossia non risultare talmente labile e ipotetica da non essere neppure determinabile in termini probabilistici) e, al tempo stesso, deve conservare immutato il proprio connotato di incertezza eventistica, senza tradursi in pregiudizi di diversa natura suscettibili di autonomo risarcimento;

la liquidazione correlata ad una perdita di chance propriamente intesa non può che essere effettuata in via equitativa, con una valutazione commisurata alla peculiarità del caso concreto, che tenga conto delle caratteristiche della possibilità perduta e del suo grado di apprezzabilità, serietà e consistenza, mentre va sicuramente escluso il ricorso – anche mediato – ai criteri tabellari in uso per la liquidazione del danno da invalidità permanente o da inabilità temporanea che, pur attenendo a danno non patrimoniali, presuppongono la sussistenza di pregiudizi incompatibili con quello derivante da perdita di chance.

CASO

Un soggetto, a seguito di sinistro stradale, veniva ricoverato presso un ospedale romano, ove era sottoposto ad intervento chirurgico di splenectomia. In esito all'esame istologico

dell'organo asportato, ovvero la milza, emergeva la presenza di un linfoma non Hodgkin di I stadio, ad esclusiva localizzazione splenica.

Ciononostante, i medici ospedalieri non menzionavano l'esistenza della patologia tumorale nella scheda consegnata al paziente al momento delle dimissioni, avvenute il 09.11.2000, né gli consigliavano di eseguire il c.d. *follow up* della malattia, con controlli periodici della stessa.

Solo in occasione di accertamenti effettuati due anni dopo, al paziente veniva comunicata la presenza di un linfoma non Hodgkin, in sede polmonare ed al IV stadio, per il quale veniva sottoposto a numerose terapie, che, tuttavia, non avevano evitato l'esito infausto.

Dopo il decesso, gli eredi del defunto agivano in giudizio nei confronti della struttura sanitaria, onde ottenere la condanna della stessa al risarcimento di tutti i danni, *iure proprio* e *iure hereditario*, conseguiti all'omessa informazione al loro congiunto della patologia tumorale riscontrata in sede splenica; in via subordinata, chiedevano il risarcimento del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza del paziente che, se tempestivamente informato dell'esistenza del linfoma, avrebbe potuto intraprendere le cure necessarie due anni prima, rispetto al momento in cui erano state effettivamente iniziate.

In primo ed in secondo grado la domanda attorea veniva rigettata, giacché i giudici di merito ritenevano non provato il nesso causale tra la condotta omissiva dei sanitari ed il decesso del paziente. In particolare, secondo il Tribunale, il fatto che all'interno della cartella clinica fosse presente il referto istologico con la diagnosi avrebbe consentito al paziente di venire a conoscenza della propria patologia e di intraprendere, quindi, il percorso di cure adeguato. Tale circostanza (la condotta negligente del paziente) avrebbe, dunque, interrotto il nesso causale tra condotta ed evento.

Gli eredi del defunto ricorrevano, pertanto, in cassazione, dolendosi del fatto che l'impugnata sentenza non avesse riconosciuto il nesso eziologico tra la condotta omissiva dei sanitari ed il decesso del loro congiunto, né, in subordine, la **lesione del danno da perdita di *chance* di sopravvivenza.**

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione, dopo aver succintamente esposto i principi in materia di danno da perdita di *chance* in ambito sanitario, ha affermato che "*la perdita di chance di natura non patrimoniale di cui si tratta in ambito di responsabilità sanitaria consiste nella privazione della possibilità di conseguire un vantaggio sperato, incerto ed eventuale, che può variamente atteggiarsi in termini di migliori opportunità di cura o di maggiore durata della vita o di sopportazioni di minori sofferenze*".

QUESTIONI

Con il primo motivo di ricorso, gli eredi del defunto deducono, in primo luogo, che

l'incompletezza della scheda di dimissione – per l'omessa informazione al paziente dell'esistenza di un linfoma in sede splenica – costituisce una condotta scorretta e negligente del medico, tale da configurare un inesatto adempimento da parte dello stesso e della struttura sanitaria e, quindi, tale da costituire un indizio da cui dedurre presuntivamente la prova del nesso causale tra la lacunosità della scheda e la progressione della malattia, conclusasi con il decesso del paziente.

Gli Ermellini succintamente dichiarano infondato il primo motivo, nella parte in cui i ricorrenti affermano la sussistenza, nel caso di specie, del predetto **nesso eziologico presunto**, per il fatto che:

- nell'ambito della responsabilità contrattuale (come in quella extracontrattuale), **spetta a chi si assume danneggiato fornire la prova del nesso di causa fra l'inadempimento del debitore**(medico o struttura sanitaria) **ed il pregiudizio subìto alla salute** (c.d. causalità materiale), con la conseguenza che **l'esistenza del nesso causale non può essere presunta per il mero fatto che vi sia stato un inadempimento** (omissione nella scheda di dimissione), **ma deve essere specificamente accertato**, non potendo conseguire automaticamente all'accertamento dell'inadempimento;
- **le omissioni nella scheda di dimissione non conducono automaticamente a ritenere adempiuto l'onere della prova da parte di chi adduce di essere danneggiato**. Infatti, secondo la Suprema Corte, non è pertinente, nel caso di specie, il richiamo dei ricorrenti ai principi affermati, tra le altre, dalle pronunce della Cassazione n. 6209/2016 e 12218/2015, secondo cui l'omessa, lacunosa ed incompleta tenuta della cartella clinica dà luogo ad una presunzione di nesso causale a sfavore del sanitario, tale per cui il giudice può ritenere provato il nesso causale tra l'attività medica ed il danno subìto dal paziente. E ciò **in quanto il rilievo della difettosa tenuta della cartella clinica è tale da far ritenere provato il nesso di causalità materiale solo quando proprio l'incompletezza della cartella clinica abbia reso impossibile l'accertamento del relativo nesso eziologico e il professionista abbia comunque posto in essere una condotta astrattamente idonea a provocare il danno** (in tal senso è anche la giurisprudenza successiva alla pronuncia in commento: v. Cass. civ., 08.07.2020, n. 14261 e prima di essa, tra le altre, Cass. civ.,11.2019, n. 29498). Ciò che, tuttavia, non ricorre nel caso di specie.

Gli Ermellini hanno, invece, ritenuto fondato il primo motivo di ricorso quanto alle censure mosse alla Corte d'Appello, che, con una motivazione soltanto apparente, ha escluso il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

La vicenda offre alla Suprema Corte l'occasione per tornare ad occuparsi del danno da perdita di *chance*, ripercorrendo i seguenti principi in materia di perdita di *chance* nelle ipotesi di responsabilità medica:

- Quanto alla configurabilità del danno da **perdita di *chance*** nell'ambito della responsabilità sanitaria, esso consiste – secondo unanime giurisprudenza – nella

perdita, non della certezza e neppure della probabilità di guarire, ma nella **perdita della mera possibilità di guarire, ovvero di guarire con postumi minori di quelli effettivamente patiti**.

- Come ogni pregiudizio, anche **il danno da perdita di *chance***, al fine di essere risarcito, **richiede l'accertamento del nesso eziologico** tra la condotta, commissiva od omissiva, del sanitario e l'evento dannoso, e tale accertamento va compiuto **in base al criterio del "*più probabile che non*"**, per cui, cioè, si potrà dire che il medico ha fatto perdere una *chance* di guarigione o di sopravvivenza al paziente se, ove fosse stata tenuta la condotta alternativa corretta, il paziente avrebbe avuto *più possibilità che non* di sfruttare la *chance*.
- Non ogni perdita di *chance* consente di ottenere il risarcimento del danno che ne consegue, ma soltanto la perdita di quella *chance* che sia "**apprezzabile, consistente e seria**" (vale a dire che esprima un certo numero di probabilità in relazione all'evento finale).
- **Quanto alla liquidazione** del danno da perdita di *chance*, **essa avviene attraverso un giudizio equitativo**, che tenga conto di un criterio prognostico basato sulle concrete possibilità del risultato utile e del vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito in proporzione alla percentuale di possibilità di conseguirlo.

Dopo aver ripercorso, sia pure sinteticamente, i principi del danno da perdita di *chance* in ambito sanitario, la Cassazione passa ad analizzare la motivazione dell'impugnata sentenza, evidenziando che la corte territoriale aveva correttamente accertato l'inadempimento dei sanitari, consistente nell'omissione di informazione al paziente circa la necessità di sottoporsi al monitoraggio continuo e periodico previsto per il linfoma, ma, tuttavia, aveva escluso il danno da perdita di *chance* da parte del paziente, per il fatto che questi fosse deceduto dopo cinque anni dalla refertazione della patologia tumorale alla milza e, quindi, dopo il termine di prognosi di sopravvivenza previsto dalle statistiche mediche in presenza di un linfoma in sede splenica.

La corte territoriale aveva, cioè, escluso la perdita della *chance i*n capo al paziente, poi deceduto, per il fatto che la neoplasia polmonare era completamente diversa da quella localizzata in sede splenica, per cui – ammesso che vi fosse stata una trasformazione istologica (possibile solo nel 5% dei casi) – questo non avrebbe determinato – quand'anche la patologia fosse stata trattata precocemente, e cioè nei due anni precedenti rispetto a quando si era poi effettivamente intervenuti – una diversa e più favorevole prognosi, cioè non sarebbero aumentate le possibilità di sopravvivenza del paziente.

I giudici di seconde cure avevano espressamente affermato che "*la sopravvivenza è legata alla risposta clinica ai trattamenti farmacologici della quota più aggressiva della neoplasia linfatica che non è in funzione del tempo intercorso tra la diagnosi inziale e l'inizio delle cure*", con la conseguenza che "*la mancanza di accertamenti e cure dopo la diagnosi dell'ottobre 2000 non ha comportato un danno*" per il paziente, giacché "*la mancata risposta alle cure chemioterapiche fu … legata alla manifestazione particolarmente aggressiva del linfoma del 2002 e non del tempo*

intercorso tra la prima e la seconda presentazione" del linfoma.

Orbene, secondo gli Ermellini, posta l'inevitabilità della morte del paziente, tuttavia **la corte di merito non ha valutato che il paziente, a causa del comportamento omissivo del sanitario, è stato privato dell'opportunità di sfruttare le sue *chances* di curarsi e di sopravvivere meglio**, se non di guarire.

Il giudice di merito avrebbe dovuto, invece, valutare l'esistenza della possibilità per il paziente di curare più precocemente la patologia tumorale oppure di seguire un percorso diagnostico e di cura diverso e, soprattutto, avrebbe dovuto verificare se il paziente avrebbe potuto determinarsi in maniera diversa rispetto alla malattia.

La corte di merito ha, invece, ritenuto rilevante unicamente la circostanza che un diverso approccio diagnostico e terapeutico non avrebbe evitato il decesso del paziente, il quale era avvenuto dopo cinque anni dalla refertazione istologica alla milza, venendo così realizzata la probabilità statistica di sopravvivenza al 60-70% a cinque anni dalla diagnosi.

Erroneamente i giudici di secondo grado non hanno riconosciuto il danno da perdita di *chance*, qualificabile qui come ***chance* di guarigione e cura**, giacché **se il paziente fosse stato tempestivamente informato** del linfoma in sede splenica **avrebbe potuto sottoporsi a cure e trattamenti, che avrebbero potuto consentire un rallentamento o una attenuazione del quadro sintomatologico, ritardando il verificarsi di sintomi invalidanti e quindi un rallentamento della progressione della malattia e dell'*exitus***.

La motivazione dei giudizi di merito in relazione alla domanda di risarcimento del danno da perdita di *chance* è evidentemente soltanto apparente, pur essendo "*graficamente esistente*", giacché a fronte di tale domanda, il giudicante avrebbe dovuto valutare la possibilità di un miglior percorso terapeutico, e se questo avrebbe potuto determinare una diversa evoluzione della malattia, con una maggiore sopravvivenza del paziente (il fatto che il paziente abbia vissuto cinque anni dopo la diagnosi di linfoma in sede polmonare non esclude la *chance*, la possibilità di vivere più a lungo, che il paziente avrebbe potuto avere se fosse stato informato della necessità di sottoporsi ai controlli oncologici periodici) o una migliore qualità della vita.

I giudici di merito avrebbero dovuto considerare che, per il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, quand'anche l'esito letale della patologia sia certo, ma la condotta omissiva del sanitario abbia impedito al paziente di sottoporsi a terapie, che avrebbero aumentato le *chances* di posticipare l'*exitus* o anche soltanto di alleviare le sofferenze fisiche della malattia, questi ha diritto di ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*.

In conclusione, quindi, stante la motivazione solo apparente dell'impugnata sentenza relativamente al rigetto della domanda risarcitoria del danno da perdita di *chance*, la Suprema Corte l'ha cassata con rinvio alla corte territoriale capitolina.

Seminario di specializzazione
RESPONSABILITÀ IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA NEI LUOGHI DI LAVORO
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Comunione – Condominio - Locazione

Comodato senza determinazione di durata e termine risultante dall'uso cui la cosa deve essere destinata

di **Saverio Luppino**

Cassazione civile, 3^ Sezione, 05.10.2020 n.22309, relatore M. Dell'Utri.

"*La circostanza che un immobile concesso in comodato sia destinato a una specifica attività non è sufficiente per ritenere il relativo contratto soggetto a un termine implicito,* ***sicché il comodante può domandare la restituzione del bene prima della cessazione di tale attività."***

"Il termine del comodato può risultare dall'uso cui la cosa deve essere destinata solo se tale uso abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo."

CASO

La Corte d'Appello di Palermo confermava la decisione del giudice di primo grado con cui si rigettava la richiesta di condanna al rilascio di taluni immobili da parte di una s.a.s., proposta dai proprietari in quanto persuasi che tali beni fossero detenuti *sine titulo* dalla società convenuta.

La Corte territoriale evidenziava come fosse ricavabile dalle stesse prospettazioni di parte attrice la sussistenza di una detenzione qualificata degli immobili *de quibus* da parte della società, nella specie giustificata da un contratto di comodato intercorso tra le parti. Ulteriormente, la Corte riconosceva che detto contratto **fosse provvisto di un implicito termine di durata, desumibile dalle finalità commerciali per cui i proprietari avevano concesso l'utilizzazione dell'immobile e corrispondente alla soddisfazione delle stesse finalità**, con la conseguenza che si escludeva il carattere precario del comodato e si riconosceva l'impossibilità per i comodanti di recedere *ad nutum* ex art. 1810.

Avverso la sentenza proponevano ricorso per cassazione i proprietari dell'immobile.

SOLUZIONE

La Suprema Corte di Cassazione dichiarava l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, con cui si lamentava la tardiva costituzione di parte convenuta e l'impossibilità di rilevare d'ufficio l'eccezione di sussistenza del titolo contrattuale posto a fondamento della detenzione degli immobili *de quibus*.

Riteneva invece manifestamente fondato il secondo motivo di ricorso, con cui si lamentava l'erronea conclusione della Corte d'appello circa la sussistenza di un termine implicito per il contratto di comodato, in assenza di elementi di prova idonei a giustificarla.

QUESTIONI

La presente ordinanza della Corte di Cassazione pone l'attenzione su due questioni di interesse:

1. La possibilità di inferire la sussistenza di un contratto di comodato dalla fattuale circostanza in cui i proprietari di un immobile concedano in godimento tale bene, senza mai pretendere la corresponsione di pagamenti a titolo di canoni da parte di chi è immesso nella disponibilità dell'immobile
2. L'interpretazione che deve farsi dell'art. 1810 c.c. nella parte in cui prevede che il termine di durata del contratto di comodato può risultare dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata

Quanto alla prima questione, la Suprema Corte ha inteso fare propria l'inferenza della Corte territoriale siciliana, secondo cui già dalle sole deduzioni degli attori si poteva presumere la pacifica attribuzione convenzionale da parte di essi di un diritto di godimento a titolo gratuito a favore della società convenuta sui beni immobili di loro proprietà. Il rapporto di fatto instauratosi tra le parti in causa era infatti facilmente sussumibile all'interno della causa tipica del contratto di comodato, essenzialmente gratuito ai sensi dell'art. 1803 c.c.

Sotto questo primo profilo viene inoltre in rilievo, a parere di chi scrive, un orientamento ampiamente consolidato della giurisprudenza di legittimità relativo alle censure per violazione dei canoni legali d'ermeneutica contrattuale posti dagli art. 1362 e seguenti del c.c. L'interpretazione della volontà delle parti di un contratto, in quanto realtà storica e obiettiva, è attività precipua del giudice di merito; per lamentarne l'illegittimità, e affinché il motivo di ricorso possa essere ritenuto ammissibile, occorre quindi fare esplicito riferimento non soltanto alle regole legali di interpretazione mediante specifica indicazione delle norme che si asseriscono violate, ma anche alle parti della motivazione del giudice a quo che si ritengono viziate da considerazioni discordanti rispetto ai suddetti canoni, risultando così illogiche o insufficienti. Viceversa, non si potrà considerare ammissibile la mera critica del convincimento cui il giudice di merito sia pervenuto.[1] Quanto esposto risulta essere in perfetto accordo con la funzione, tipica della Corte di Cassazione, di nomofilachia delle sentenze.

Venendo ora alla seconda e più pregnante questione, la Consulta prospetta una soluzione del caso concreto fornendo una interpretazione consolidata della lettera dell'art. 1810 c.c., in cui si prevede che "*se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richiede*".

Partendo dal presupposto che l'attività (commerciale o di altro tipo) a cui il comodatario intende destinare l'uso dell'immobile ricevuto può avere durata indeterminata, se si

accogliesse l'interpretazione per cui il termine del contratto si deduce dal solo fatto che nell'immobile si svolga tale attività, si avrebbe **un effetto paradossale per cui il comodato diventerebbe *sine die per attività che si svolgono sine die*** e la sua durata finirebbe per essere rimessa **alla sola volontà del comodatario**, di fatto espropriando il comodante del suo bene e così snaturando la causa di gratuità del contratto.

Viceversa, per rispettare la *ratio legis* delle norme civilistiche in materia di comodato, è necessario intendere un siffatto contratto come stipulato senza determinazione di durata, **c.d. comodato precario**, da cui consegue la possibilità per il comodante di recedere *ad nutum*. **È infatti principio consolidato della giurisprudenza di legittimità che il termine del comodato possa risultare dall'uso cui si intende destinare la cosa solo "se tale uso abbia in sé connaturata una durata predeterminata nel tempo".**[2]

Da quanto fin qui esposto si evince che in seno alla giurisprudenza di legittimità si è ritenuta sempre necessaria la fissazione di un termine per il contratto, considerato che l'obbligo di restituzione posto a carico del comodatario non può prescinderne. Nell'ipotesi in cui la temporaneità dell'uso non sia attuata dalle parti nell'esercizio dell'autonomia negoziale, soccorre l'art. 1810 c.c. che attribuisce appunto la facoltà del comodante di chiedere la restituzione *ad nutum* della cosa; ma soprattutto la Cassazione ha previsto che la semplice indicazione dell'uso non vale di per sé ad esprimere un termine finale, se questo non è connaturato alla destinazione particolare della cosa.[3]

[1] Cass. civ., Sez. II, ordinanza n. 30847 del 26 novembre 2019, n. 30847

[2] Cass. civ., sez. 3, Sentenza n. 15877 del 25/06/2013; Cass. Sez. U, Sentenza n. 3168 del 09/02/2011.

[3] Cass. civ., sez 3, Sentenza n. 6101 del 2003; Cass. civ., Sez. 3, n. 6213 del 1992.

Diritto e reati societari

Il mutamento dei quorum deliberativi di una S.p.A. non sempre legittima il recesso del socio

di **Dario Zanotti**

Cass. civ. Sez. I, sentenza del 1° giugno 2017, n. 13875.

Parole chiave: Società – Recesso del socio – quorum

Massima: "In tema di recesso dalle società di capitali, la delibera assembleare che muti il 'quorum' per le assemblee straordinarie, riconducendolo a previsione legale, non giustifica il diritto del socio al recesso ex art. 2437, lett. g), c.c., perché l'interesse della società alla conservazione del capitale sociale prevale sull'eventuale pregiudizio di fatto subito dal socio, che non vede inciso, né direttamente né indirettamente, il suo diritto di partecipazione agli utili ed il suo diritto di voto a causa del mutamento del 'quorum'."

Disposizioni applicate: artt. 2368, 2369, 2437 c.c.

La vicenda in esame vede coinvolti una S.p.A. e tre soci della stessa società, i quali ritengono che il proprio recesso dalla società sia legittimo. I soci, infatti, hanno esercitato il proprio diritto di recesso in conseguenza di una delibera con la quale la S.p.A. si è dotata di un nuovo statuto che, anziché prevedere che sia in prima che in seconda convocazione l'assemblea ordinaria e straordinaria deliberassero rispettivamente con la maggioranza del capitale e con quella dei due terzi (maggioranze più stringenti rispetto ai criteri di legge), ha previsto invece per l'assemblea ordinaria e straordinaria un adeguamento ai quorum deliberativi conformi alle previsioni degli artt. 2368 e 2369 c.c. – vale a dire la maggioranza assoluta del capitale per l'assemblea ordinaria e più della metà per quella straordinaria. Nella sostanza, perciò, il peso dei voti dei soci recedenti è stato ridotto dalla delibera in questione.

Nel corso dei giudizi di merito, sulla questione della legittimità del recesso dei soci per mutamento dei quorum deliberativi ai limiti di legge, è stato da ultimo deciso in secondo grado che, siccome nelle società per azioni l'esercizio del diritto di recesso produce un depauperamento del capitale sociale e costituisce fatto negativo anche per i creditori sociali, si devono ritenere tassative le ipotesi di recesso e interpretare in maniera restrittiva l'art. 2437 c.c.. La giusta causa di recesso di cui all'art. 2437 lett. g c.c. – che riconosce il diritto di recedere ai soci di società per azioni i quali non abbiano concorso alla formazione di deliberazioni riguardanti, tra l'altro, "*le modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione*" – si riferirebbe al voto statutariamente attribuito a ciascuna azione, e, dunque, il mutamento del quorum deliberativo in assemblea, che attiene alla formazione della

maggioranza, inciderebbe solo indirettamente sul diritto di voto. Di conseguenza, una delibera che, come quella in esame, abbia mutato solo il quorum deliberativo, non legittimerebbe il recesso.

Nel giudizio di legittimità, che qui interessa, i soci ricorrenti hanno lamentato che la Corte d'appello avrebbe errato nell'affermare l'esigenza di interpretare restrittivamente l'art. 2437 lett. g c.c. in funzione dell'esigenza di tutelare il capitale sociale e i creditori sociali. Tuttavia, la Suprema Corte ha ritenuto che, nonostante qualche doverosa correzione rispetto all'orientamento della Corte d'appello, il ricorso dei soci dovesse essere respinto.

La Cassazione, inquadrando l'art. 2437 c.c., riformato nel 2003, alla luce della legge delega della riforma (l. 3 ottobre 2001, n. 366), evidenzia come la norma in esame abbia lo scopo di introdurre la possibilità di prevedere nello statuto ulteriori fattispecie di recesso a tutela dei soci dissenzienti, nell'ottica tuttavia di salvaguardare il principio della tutela dell'integrità del capitale sociale e gli interessi dei creditori sociali, finalità che la riforma del 2003 attuerebbe. Con ciò, quindi, non sarebbe più attuale il previgente orientamento (anche di legittimità) che leggeva sempre in maniera necessariamente restrittiva l'art. 2347 c.c. (in proposito, la Suprema Corte cita Cass. 28 ottobre 1980, n. 5790). In effetti, la Cassazione ha altresì rilevato come in dottrina si sia sviluppata una corrente che auspicherebbe una lettura estensiva della norma in parola.

Ciò premesso, il giudice di legittimità ha precisato che l'espressione '*diritti di voto*' contenuta nell'art. 2347 rinvia al precetto di cui all'art. 2351 c.c., secondo il quale ogni azione attribuisce il diritto di voto, con le eventuali limitazioni previste. Pertanto, per '*modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto*' si intenderebbero anzitutto quelle modifiche che intervengono su tali limitazioni. Dunque, le modificazioni dei quorum non mutano eventuali limitazioni ai diritti di voto nel loro assetto statutario, ma ne cambiano solo il peso.

Nel caso di specie, dunque, si sarebbe verificata semmai, a parere della Suprema Corte, una semplice modifica negativa del peso delle azioni dei soci fuoriusciti dalla compagine sociale, senza mutamento nemmeno indiretto del diritto di voto in sé considerato. Nel sistema dell'art. 2437 c.c., d'altra parte, il sorgere del diritto di recesso non è affatto collegato ad un qualsiasi deterioramento della posizione del socio.

Infatti, affinché il recesso del socio sia giustificato ai sensi dell'art. 2437 c.c., occorre che la delibera vada a toccare direttamente, o indirettamente, il diritto di voto, non includendovi qualsiasi atto che genericamente possa nuocere al voto del socio. Inoltre, la Cassazione intende sottolineare come la modifica avvenuta nel caso di specie potesse essere persino prevedibile da parte dei soci, in quanto non avrebbe fatto altro che riportare nei limiti di legge (pur peggiorativi per la specifica situazione soggettiva dei ricorrenti) i quorum deliberativi.

Di conseguenza, quanto meno nel caso di specie, una delibera che modifichi i soli quorum dell'assemblea ordinaria e straordinaria di una S.p.A. non costituisce giusta causa di recesso ai sensi dell'art. 2347 lett. g) c.c.

10^ EDIZIONE
Master di specializzazione
DIRITTO E CONTENZIOSO SOCIETARIO
Disponibile in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >

Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

Revocatoria ex art. 67 L.F. del pagamento ottenuto dalla escussione di pegno

di **Mario Furno**

Tribunale di Venezia – Sent.1172/2020 pubbl.24.07.2020 Rep.2453/2020, giudice: Dott.ssa Maria Carla Quota

Parole chiave: Pegno; Revocatoria Fallimentare; Atto dispositivo

Massima:

Connotato essenziale del pegno irregolare è l'attribuzione al creditore garantito della facoltà di disposizione del bene oggetto di pegno – o, nel caso si tratti di titolo di credito o documento di legittimazione, del relativo diritto – per soddisfare i propri crediti.

In caso di pegno regolare postulandosi l'altruità delle cose date in pegno, il creditore garantito dovrà soddisfarsi secondo il meccanismo previsto dagli art.2796 e 2798 .c.c: ne consegue che l'incameramento della somma conseguente all'escussione del pegno rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 67 L.F. ed è assoggettabile a revocatoria.

Riferimenti normativi: art. 67, co. 2 L.F., art. 67, co. 3, lett. b), L.F; art. 1851 c.c., artt. 2796 e 2798 c.c.;

CASO

Con atto di citazione, il Fallimento della società Alfa ha convenuto in giudizio l'istituto bancario Beta per sentir, tra l'altro, dichiarare revocato ai sensi dell'art. 67 co.2 L.F. il pagamento di €.99.244,21 incassato in forza della illegittima escussione del pegno a favore della Banca ed ottenuto a mezzo di compensazione dovendosi configurare il pegno come regolare.

Si costituiva l'Istituto Bancario Beta chiedendo il rigetto della domanda promossa dalla curatela e sostenendo la natura irregolare del pegno in questione e l'applicabilità della fattispecie di cui all'art. 67 co.3 lett.b).

SOLUZIONE

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Venezia ha accolto la domanda promossa dal

patrocinio del Fallimento con declaratoria di inefficacia dell'incameramento della somma ottenuta dall'escussione del pegno regolare accredita sul conto corrente e poi portata in compensazione con l'esposizione della debitorea della correntista già annotata sullo stesso conto corrente

Dopo aver identificato gli elementi che differenziano il pegno regolare da quello irregolare, il Tribunale di Venezia ha declinato la lettera di pegno prodotta in causa quale pegno regolare in considerazione delle clausole ivi contenute e del costante orientamento della Corte di Cassazione.

Ritenuta quindi la sussistenza del requisito oggettivo e soggettivo di cui all'art. 67 co.2 LF, il Tribunale ha quindi dichiarato l'inefficacia dell'atto solutorio.

QUESTIONI

La vicenda in questione trae origine dall'intervenuto incasso da parte della Banca Alfa di un importo a seguito dell'escussione da parte della Banca medesima di una polizza oggetto del contratto di pegno sottoscritto diversi anni prima con la società dichiarata poi fallita

L'escussione del pegno era avvenuta nel periodo sospetto, in un momento temporale successivo all'intervenuto recesso da parte della Banca dagli affidamenti, alla conseguente richiesta di immediato rientro della esposizione debitorea di conto nonché alla intimazione con la quale la Banca avvertiva la società poi fallita che avrebbe proceduto alla escussione della garanzia.

Con percorso tanto chiaro quanto logico, il giudice veneziano ha sottolineato la necessità preliminare di analizzare il **contratto di pegno** al fine di attribuire allo stesso **natura regolare o irregolare**, derivandone effetti differenti nella procedura concorsuale.

Secondo il Tribunale, l'elemento distintivo determinante la diversa configurazione del pegno è da individuarsi nell'attribuzione (o meno) al creditore garantito del potere di disporre sin da subito del diritto relativo al bene vincolato a garanzia.

Il pegno irregolare, infatti, richiede necessariamente che il bene oggetto di pegno passi immediatamente in proprietà del creditore così che il creditore garantito ha la facoltà di disporre del relativo diritto.

Nel pegno regolare, al contrario il creditore non acquisisce la proprietà del bene né la facoltà di disporre del bene oggetto così che egli dovrà soddisfarsi utilizzando il meccanismo predisposto dagli art.2796 – 2798 Cc: per conseguire quanto a lui dovuto il creditore, quindi, dovrà far vendere la cosa ricevuto in pegno – previa intimazione – ovvero richiederne al Giudice l'assegnazione.

Come correttamente rilevato dal giudice nella sentenza in commento, dalla differente natura

del pegno derivano conseguenze sulla procedura concorsuale assi tra loro diverse.

In caso di pegno irregolare, infatti, il creditore potrà soddisfarsi direttamente sulla cosa al fuori del concorso con gli altri creditori poiché è già stato acquisito dal creditore sin da subito il bene o comunque il diritto di disporne.

Al contrario, in caso di pegno regolare, il meccanismo disegnato dagli art. 2796-2798 cc. presuppone che la cosa sia rimasta nella proprietà del debitore con la conseguenza che il creditore pignoratizio è tenuto ad insinuarsi nel passivo del fallimento ai sensi dell'art. 53 LF "*al pari di ogni altro creditore munito di pegno regolare e nel rispetto della par conditio creditorum*".

Ulteriore conseguenza è da ravvisarsi in materia di revocatoria ex art. 67 L.F.

Nel pegno irregolare, mancando l'atto dispositivo -in quanto, come detto, il creditore garantito acquisisce sin da subito la somma portata dal titolo e dal documento- sorge a carico del creditore pignoratizio un obbligo di restituzione in caso di adempimento o, in caso di inadempimento, un obbligo restitutorio per la parte che eccede l'ammontare del credito garantito. L'incameramento in via definitiva del denaro o delle altre cose fungibili ricevute in garanzia resterà quindi sottratto alla revocatoria fallimentare, operando la compensazione come modalità tipica di esercizio della prelazione, così come correttamente osservato dal Giudice Veneziano.

Al contrario, nel pegno regolare "*l'acquisizione del realizzo da parte del creditore garantito dà luogo ad un «atto solutorio»"* (Cass. 22 gennaio 2009, n. 1609) "*suscettibile di revoca fallimentare, a differenza dell'acquisizione del controvalore del pegno irregolare, che consente la compensazione con il credito garantito"*. Ne consegue che in caso di pegno regolare, atteso che "la banca garantita non acquisisce la somma portata dal saldo, né ha l'obbligo di restituire al debitore il "tantundem", difettano "*i presupposti per la compensazione dell'esposizione passiva del cliente con una corrispondente obbligazione pecuniaria della banca, l'incameramento della somma conseguente all'escussione del pegno rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 67 legge fall. ed è assoggettabile a revocatoria fallimentare*" (Cass. 7 marzo 2018 n. 5481)

L'indagine sulla natura del pegno è da condursi necessariamente procedendo dall'analisi delle previsioni delle clausole contenute nel contratto di pegno. Laddove le stesse prevedano la possibilità di sostituzione del bene originariamente dato in pegno, ovvero che l'esazione del valore discenda esclusivamente in caso di inadempimento delle obbligazioni garantite con preavviso dato in qualunque forma scritto, o, ancora il diritto del creditore a riscuotere quantunque importo o provento comunque del liquidato anche previso accredito in apposito conto soggetto a vincolo di pegno a proprio favore, è evidente che dette clausole identifichino un contratto di pegno regolare. Tali previsioni, infatti, non conferiscono sin da subito alcun potere di disporre del bene pignoratizio attribuendo al creditore un diritto a soddisfarsi sul bene tramite un successivo atto solutorio.

Diversamente, si dovrà concludere per la esistenza di un pegno irregolare ove dalle clausole risulti palese l'avvenuta immediata acquisizione alla sfera giuridica del creditore garantito del bene o del diritto di disporne nonché l'obbligo di restituzione in caso di adempimento del debitore.

Ritenuta la natura regolare del pegno nel caso in esame, il Tribunale ha proceduto quindi all'esame della ricorrenza dei requisiti per la **revocatoria ex art. 67 LF**.

E' evidente che la prova del requisito oggettivo è acquisibile in via documentale derivante dall'annotazione dell'accredito annotato nel conto corrente nel periodo semestrale anteriore al fallimento.

Quanto al requisito soggettivo della prova della consapevolezza, il Tribunale ben pone in rilievo come lo stesso non possa dirsi raggiunto solo e unicamente in ragione della qualità di operatore economico qualificato quale è l'istituto bancario: è, infatti, necessario aver riguardo alla complessiva condotta del creditore, la quale dovrà denotare consapevolezza dello stato di decozione. La presenza di protesti, l'aver revocato gli affidamenti così come l'aver immediatamente congelato il conto corrente "*considerati unitariamente, anche in relazione alla possibilità della banca di accesso ad informazioni privilegiate di operatore economico qualificato costituiscono gravi e previsi elementi indiziario da cui legittimamente desumere l'effettiva conoscenza della stato di decozione del correntista da parte dell'istituto di credito*", come osservato correttamente in sentenza dal Giudice Veneziano.

Da ultimo preme rilevare, come ben evidenziato dal patrocinio del fallimento che "*la natura pignoratizia del credito della Banca non esclude di per sé l'interesse del Fallimento ad agire in revocatoria: ed invero, come statuito dalla Suprema Corte nella decisione 12 dicembre 2014 n. 26216 (con richiamo a Cass. SS.UU 7028/'06).:" Nell'azione revocatoria fallimentare, l'"eventus damni" è "in re ipsa" e consiste nella lesione della "par condicio creditorum" ricollegabile, per presunzione legale ed assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione. Ne consegue che il fatto che attraverso il negozio solutorio impugnato siano stati soddisfatti crediti aventi natura privilegiata non esclude la possibile lesione della "par condicio", né fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che potrebbero in tesi insinuarsi al passivo anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria*".

Diritto Bancario

La richiesta di produzione della documentazione bancaria ex art. 119, comma 4, TUB

di **Fabio Fiorucci**

L'interessato ha diritto di ottenere tutta la documentazione decennale relativa ad un determinato rapporto posto in essere negli ultimi dieci anni, senza dover motivare la richiesta e anche se il rapporto è cessato (da non oltre dieci anni): «l'art. 119, comma 4, TUB riconoscendo al cliente della banca, al suo successore a qualunque titolo e a colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni il diritto di ottenere copia della documentazione relativa a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, si applica anche a situazioni soggettive che, se pur derivanti da un rapporto concluso, non hanno ancora esaurito nel tempo i loro effetti, con la conseguenza che detto diritto di copia è riconosciuto al cliente della banca e al suo successore prescindendo dall'attualità del rapporto cui la documentazione richiesta si riferisce, ferma restando la richiedibilità di tali documenti a quelli relativi agli ultimi dieci anni» (Cass. n. 11004/2006; conf. Cass. 22183/2016).

L'esercizio del diritto in questione non è subordinato al rispetto di determinare formalità espressive o di date vesti documentali (Cass. n. 6975/2020; Cass. n. 24181/2020; Cass. n. 25158/2020).

La pretesa alla documentazione bancaria si configura quale diritto autonomo che, pur derivando dal contratto, è estraneo alle obbligazioni tipiche che ne costituiscono lo specifico contenuto; esso nasce dall'obbligo di buona fede, correttezza e solidarietà, che è accessorio di ogni prestazione dedotta in negozio e consente alla parte interessata di conseguire ogni utilità programmata, anche oltre quelle riferibili alle prestazioni convenute, comportando esso stesso una prestazione, cui ognuna delle parti è tenuta, in quanto imposta direttamente dalla legge (art. 1374 c.c.). L'art. 119, comma 4, TUB va dunque interpretato, alla luce del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), nel senso che esso attribuisce alla clientela bancaria il diritto di ottenere la documentazione inerente a tutte le operazioni del periodo cui il richiedente sia in concreto interessato, nel rispetto del limite di tempo decennale fissato dalla norma (e*x multis* Cass. n. 4598/1997; Cass. n. 12093/2001; Cass. n. 11004/2006).

Nella fattispecie, non trovano applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza in ordine alla esibizione dei documenti *ex* art. 210 c.p.c. e non può pertanto negarsi il diritto (primario) del cliente di ottenere copia della documentazione richiesta, adducendo a ragione e in linea di principio la natura meramente esplorativa dell'istanza in tal senso presentata (Cass. n. 3875/2019; Cass. n. 31649/2019; Cass. n. 25158/2020). Quanto precede poiché il diritto del

cliente di acquisire la documentazione bancaria ha natura sostanziale e non meramente processuale e la sua tutela si configura come situazione giuridica finale e non puramente strumentale (da ultimo, Cass. n. 25158/2020.).

Ai fini del reperimento della documentazione bancaria, non è necessario che il richiedente indichi specificamente gli estremi del rapporto cui si riferiscono i documenti richiesti in copia, essendo sufficiente che l'interessato fornisca alla banca gli elementi minimi indispensabili per consentirle l'individuazione dei documenti richiesti, quali, ad es., i dati concernenti il soggetto titolare del rapporto, il tipo di rapporto cui è correlata la richiesta e il periodo di tempo entro il quale le operazioni da documentare si sono svolte ?(Cass. n. 31649/2019; Cass. n. 21472/2017; Cass. n. 5091/2016; Cass. n. 22183/2015; Cass. n. 11004/2006).

Diritto del Lavoro

Il Fondo di garanzia istituito presso l'INPS. L'accertamento dello stato di insolvenza del datore di lavoro inadempiente .

di **Elisa Pirrotta**

Cassazione civile sez. lav., 25 agosto 2020, n. 17649

Fondo di garanzia INPS – TFR – datore di lavoro inadempiente – datore di lavoro soggetto alle procedure concorsuali – fallibilità in concreto – accertamento dello stato di insolvenza del datore di lavoro non soggetto alle procedure concorsuali – esiguità del credito azionato

CASO

Con sentenza pubblicata il 25 agosto 2020, n. 17649, la sezione lavoro della Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso promosso da un lavoratore per la cassazione della sentenza con la quale la Corte d'Appello di Catania aveva respinto l'appello del lavoratore, confermando la decisione di primo grado di rigetto della domanda di condanna dell'INPS, quale gestore del Fondo di garanzia, al pagamento del TFR maturato dal lavoratore.

In particolare il lavoratore lamentava il fatto che la Corte d'Appello avesse ritenuto come requisito indispensabile per l'accesso al Fondo di garanzia la proposizione dell'istanza di fallimento anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, pur astrattamente assoggettabile al fallimento, non potesse in concreto essere dichiarato fallito per l'esiguità del credito azionato.

In sostanza, il lavoratore aveva esperito una procedura di esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro, non andata a buon fine, e successivamente aveva adito il Fondo di garanzia sostenendo che il datore di lavoro non fosse "in concreto" fallibile sulla scorta del presupposto che l'ammontare del credito vantato dal lavoratore non avrebbe potuto portare ad una pronuncia di fallimento della società.

SOLUZIONE

La Corte di Cassazione ha deciso di non accogliere la censura mossa alla sentenza d'appello per i motivi che si vanno ad esaminare.

Come noto risalente giurisprudenza della Corte di Cassazione ha stabilito che l'espressione "non soggetto alle disposizioni del r.d. n. 267 del 1942" debba essere interpretata nel senso che l'azione prevista dall'art. 2, co. 5, L. n. 297/1982, trovi ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, e ciò indipendentemente dal fatto che la ragione sia

imputabile alle condizioni soggettive del datore di lavoro, oppure a ragioni ostative di carattere oggettivo (Cass. sez. lav. 1^ aprile 2011, n. 7585).

Più nello specifico la Corte ha stabilito che: <<*ai fini della tutela prevista dalla l. n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del t.f.r. in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per la esiguità del credito azionato, va considerato in concreto non soggetto a fallimento, e pertanto opera la disposizione dell'art. 2, comma 5, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'Inps alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva*>> (Cass. sez. lav. 1^ aprile 2011, n. 7585).

Pertanto, in linea teorica, nel caso sottoposto ad esame, il lavoratore aveva esperito un'esecuzione infruttuosa, e non aveva un credito sufficiente ad ottenere il fallimento del datore di lavoro, pertanto avrebbe avuto diritto ad accedere al Fondo.

Tuttavia la Corte di Cassazione negli anni ha altresì chiarito che il requisito della "non fallibilità in concreto" determinato dall'esiguità del credito azionato, dovesse essere accertato mediante una pronuncia del Tribunale fallimentare di rigetto dell'istanza – appunto – promossa dal lavoratore.

Afferma pertanto la Corte di Cassazione che: <<***il rigetto dell'istanza*** *di fallimento da parte del Tribunale fallimentare per esiguità del credito, a tenore dell'art. 15, ult. co., R.D. n. 267/1942 (secondo cui "non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila (...)")* ***assolve alla condizione della non assoggettabilità*** *del datore di lavoro a fallimento*>> (Cass. sez. lav. 25 agosto 2020, n. 17649; id. Cass. sez. lav. 28 gennaio 2020, n. 1887).

Da ciò deriva che l'effettiva assoggettabilità o meno del datore di lavoro a procedura concorsuale **deve essere accertata dal competente Tribunale fallimentare** sulla base di quanto risultante dalla relativa istruttoria secondo la ratio della esclusione della procedura di liquidazione concorsuale in ragione di una soglia di rilevanza dell'insolvenza riferita all'indebitamento complessivo dell'impresa (si veda anche Cass. sez. lav. 6 settembre 2018, n. 21734).

L'intervento del Fondo di garanzia istituito presso l'INPS per la realizzazione dei crediti di lavoro nei confronti del datore di lavoro inadempiente che non sia assoggettabile alle procedure concorsuali risponde ad un'esigenza di "socializzazione" del rischio da inadempimento e da insolvenza che pone a carico dell'Ente previdenziale (cui poi spetta il diritto di surroga nella posizione del lavoratore) i rischi connessi alla procedura di recupero del credito.

A tal fine l'onere del lavoratore di agire "*in executivis*" deve conformarsi ad un onere di ordinaria diligenza da cui consegue che il lavoratore non è tenuto ad esperire l'esecuzione in tempi prestabiliti, ma solo al rispetto di quelli relativi al procedimento previdenziale, e può limitarsi ad intraprendere una delle possibili forme di esecuzione, con l'onere, in caso di esito infruttuoso di quella prescelta, di compiere ulteriori attività di ricerca dei beni solo allorché si prospetti la possibilità di una nuova esecuzione fruttuosa e ragionevole.

Tale ultima ipotesi, escluso un onere indistinto di ricerca di beni e/o condebitori, si verifica, dal punto di vista oggettivo, in presenza di beni che risultano dagli atti agevolmente aggredibili, senza un particolare dispendio economico e temporale, e dal punto di vista soggettivo, in presenza di altri condebitori solidalmente e illimitatamente responsabili oppure, in caso di soci limitatamente responsabili di una società di capitali cancellata ed estinta, allorché risulti positivamente dimostrato che tali soci abbiano riscosso somme in base al bilancio finale di liquidazione.

Ciò, lo si ripete, senza che al lavoratore sia richiesto un onere eccessivamente gravoso a carico del lavoratore: <<*in particolare, dovrà escludersi la necessità di ulteriori azioni esecutive quando i costi, non recuperabili, della eventuale ulteriore azione superino l'importo del credito da azionare oppure quando risulti acquisita la prova della mancanza o insufficienza delle garanzie patrimoniali*>> (Cass. sez. lav. 7 luglio 2020, n. 14020).

Pertanto il lavoratore che voglia adire il Fondo INPS per ottenere il pagamento del TFR maturato ma non corrisposto dal datore di lavoro dovrà, a fronte di un'esecuzione individuale infruttuosa, ove la società datrice di lavoro sia astrattamente assoggettabile al fallimento, presentare istanza di fallimento e attendere che questa venga rigettata per esiguità del credito.

Viceversa, ovviamente, ove il fallimento della società venisse dichiarato il lavoratore dovrà attendere che il proprio credito venga inserito nello stato passivo e che questo venga dichiarato esecutivo. Dal quindicesimo giorno successivo al deposito del decreto di esecutività dello stato passivo il lavoratore potrà adire il Fondo di garanzia INPS, entro i cinque anni successivi.

A tal proposito preme fare una breve digressione in merito ai crediti inerenti le retribuzioni maturate negli ultimi tre mesi di lavoro non corrisposti dal datore di lavoro inadempiente che, come noto, possono essere richiesti al Fondo INPS ove tali crediti rientrino nei dodici mesi che precedono la data dell'avvio di una procedura esecutiva individuale, o la domanda diretta all'apertura della procedura concorsuale a carico del datore di lavoro.

Ciò significa che, nel caso sottoposto ad esame, ove il lavoratore avesse voluto adire il Fondo INPS anche per il pagamento delle ultime tre retribuzioni mensili non corrisposte, questo avrebbe dovuto agire (o con azione individuale o con istanza di fallimento) entro i dodici mesi successivi alla prima retribuzione mensile non corrisposta, e il diritto all'accesso al Fondo si prescrive entro un anno da quando il diritto può essere fatto valere.

Concludendo, in caso di inadempimento del datore di lavoro in ordine al pagamento del TFR e addirittura delle ultime tre retribuzioni mensili maturate prima della cessazione del rapporto, il lavoratore dovrà, ove il datore di lavoro rientri tra i soggetti sottoposti per legge a procedura concorsuale, attivarsi tempestivamente per procedere avverso il datore di lavoro con azione esecutiva individuale e, ove questa sia infruttuosa con istanza di fallimento indipendentemente dal fatto che tale istanza verrà probabilmente rigettata, e successivamente adire il Fondo di garanzia istituito presso l'INPS.

Privacy

Sanità digitale: un recente caso di data breach sanzionato dall'Autorità Garante

di **Franco Cardin**

Opportunità e rischi del processo di digitalizzazione in sanità

In diverse occasioni il Garante per la protezione dei dati personali, pur riconoscendo che il processo di digitalizzazione in sanità va senz'altro promosso – in quanto rappresenta un'opportunità non solo per migliorare l'efficacia delle prestazioni di cura, ma anche per garantire una maggiore efficienza del sistema sanitario nazionale – ha evidenziato la necessità che lo stesso sia governato con la massima attenzione in quanto coinvolge categorie particolari di dati personali tra le più delicate, quali sono quelli relativi allo stato di salute.

A questo proposito basti ricordare che nel 2009 l'Autorità Garante, preso atto del sempre più frequente utilizzo da parte delle aziende sanitarie delle tecnologie informatiche e telematiche, ha ritenuto necessario, nelle more di un opportuno e auspicato intervento normativo, individuare un primo quadro di regole, accorgimenti e cautele finalizzate a garantire il rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche, adottando le *"Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario"*.

Successivamente, come è noto, le regole e le misure di sicurezza contenute nelle predette linee guida sono state recepite nel DPCM 29.09.2015, n. 178 *"Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico"*, con il quale è stata data attuazione a quanto previsto dall'art. 12 della legge 221/2012.

Per quanto riguarda, in particolare, l'utilizzo del *dossier sanitario,* costituito presso un organismo sanitario in qualità di unico titolare del trattamento, attraverso il quale sono rese accessibili informazioni relative ad eventi clinici presenti e trascorsi, volte a documentare la storia clinica di un individuo, l'Autorità Garante ha effettuato diversi accertamenti ispettivi presso aziende sanitarie pubbliche[1], nell'ambito dei quali sono stati accertati, tra le altre criticità, molti casi di accessi abusivi ai dossier sanitari da parte di soggetti non autorizzati, resi possibili oltre che **dall'inadeguatezza delle misure di sicurezza organizzative e tecniche adottate, anche dalla carente sensibilizzazione e formazione del personale in materia di protezione dei dati personali.**

A seguito delle criticità riscontrate durante i predetti accertamenti e considerato il sempre maggiore utilizzo di strumenti di condivisione informatica di dati e documenti nell'ambito delle attività cliniche delle aziende sanitarie pubbliche e private**, l'Autorità Garante ha ritenuto**

opportuno adottare, con il provvedimento n. 331 del 04.06.2015, delle nuove linee guida in materia di dossier sanitario, al fine di fornire un quadro di riferimento unitario per conformare i trattamenti di dati personali, effettuati tramite i dossier sanitari, ai principi e agli obblighi previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali, con particolare riferimento **all'informativa, al consenso, ai diritti degli interessati e alle misure di sicurezza organizzative e tecniche**.

Un recente caso di data breach, avvenuto tramite il dossier sanitario, sanzionato dall'Autorità Garante

Nel ricordare che anche successivamente all'adozione delle nuove linee guida in materia di dossier sanitario, l'Autorità Garante ha dovuto intervenire, a seguito di specifiche segnalazioni, presso alcune aziende sanitarie con propri provvedimenti prescrittivi e sanzionatori[2], nel seguito si ritiene opportuno **analizzare il provvedimento del 23. 01. 2020 (doc. web n. 9269629) con il quale è stata sanzionata un'importante azienda sanitaria pubblica per data breach** causati da alcuni accessi a dossier sanitari, non giustificati da necessità di cura dei relativi pazienti.

Nelle premesse del provvedimento viene fatto riferimento al fatto che l'Azienda sanitaria, dopo aver riscontrato che **in tre diversi casi si era verificato un accesso improprio ad alcuni dossier sanitari di pazienti**, che erano al tempo stesso anche dipendenti, ha proceduto, ai sensi dell'art. 33 del GDPR, ad inoltrare la notifica della violazione di dati personali al Garante, dichiarando che gli accessi erano stati effettuati rispettivamente "*con le credenziali di un medico che, durante il turno notturno, ha lasciato incustodita e accessibile la postazione pc in uso, consentendo ad altri di accedere ai dati sanitari di sei pazienti/dipendenti*", "*da un tecnico sanitario di radiologia, al fine di vedere come funzionava l'applicazione*" e per "*per mera curiosità*".

Nelle notifiche all'Autorità Garante, l'Azienda sanitaria dopo aver precisato che aveva portato a conoscenza di tutto il personale, tramite il "Disciplinare tecnico sull'uso delle risorse informatiche aziendali" e le istruzioni presenti negli atti di designazione a incaricati/autorizzati al trattamento (ivi compresi gli specializzandi), specifiche indicazioni in merito ai presupposti di liceità degli accessi al dossier sanitario aziendale, ha confermato l'intenzione di implementare "ulteriori e più sofisticati filtri che permetteranno ai tecnici di radiologia di consultare i soli dati (immagini) necessari allo svolgimento dei propri compiti", informando altresì di aver **avviato un procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti responsabili dei predetti accessi non autorizzati ai dossier sanitari**.

Conclusa l'attività istruttoria e tenuto conto delle memorie difensive presentate dall'Azienda sanitaria, il Garante, pur considerando che gli accessi impropri ai dossier sanitari sono da ascriversi a una "condotta infedele" di alcuni medici e tecnici sanitari di radiologia, ha ritenuto comunque illecito il trattamento, in quanto effettuato in violazione dell'art. 5.1.f del GDPR, decidendo:

- di ingiungere, quale misura correttiva, di completare entro 90 giorni l'implementazione

delle misure descritte nelle memorie difensive, volte a migliorare le procedure di accesso ai dossier sanitari aziendali da parte del personale a ciò autorizzato.
- di ordinare il pagamento della somma di euro 30.000 a titolo di sanzione amministrativa pecuniaria;
- di disporre, ai sensi dell'art. 166, comma 7, del D. Lgs. 196/03, la pubblicazione per intero sul sito web del Garante il provvedimento correttivo e sanzionatorio

Conclusioni

Il caso di data breach sopra analizzato, dimostra quanto sia indispensabile per le aziende sanitarie che intendono utilizzare strumenti di sanità digitale, qual è appunto il dossier sanitario, non solo **effettuare prioritariamente un'approfondita analisi dei rischi** che tale utilizzo può comportare per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati e, conseguentemente, **adottare le necessarie misure organizzative e tecniche ritenute adeguate per garantire un livello di sicurezza proporzionato ai rischi**, ma anche dotarsi di una procedura che consenta di testare, verificare e valutare costantemente l'efficacia di tali misure.

Un ulteriore insegnamento che si deve trarre dal caso di data breach appena analizzato, riguarda la **necessità che il processo di digitalizzazione nelle aziende sanitarie venga accompagnato da una costante ed adeguata attività di sensibilizzazione e di formazione del management e di tutti gli operatori sanitari,** sui principi e sugli obblighi di compliance previsti dalla vigente normativa europea e nazionale in materia di protezione dei dati personali.

In conclusione, ciò che emerge dall'analisi del provvedimento del Garante è che **gli accorgimenti e le cautele contenute nelle linee guida in materia di dossier sanitario vanno implementate alla luce delle novità introdotte dal GDPR**, con particolare riferimento al principio di *accountability* e a quello della *privacy by design e by default*. Solo nel rispetto di tali principi, infatti, è possibile che il pur auspicabile utilizzo delle soluzioni di sanità elettronica da parte delle aziende sanitarie, venga effettuato nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali dei pazienti.

[1] Si vedano in particolare i seguenti provvedimenti: "Dossier sanitario e trattamento dei dati personali dei pazienti" del 10.01.2013 (doc. web n. 2284708); "Trattamento di dati tramite il dossier sanitario aziendale" del 03.07.2014 (doc. web n. 3325808); "Dossier sanitario elettronico e privacy dei pazienti" del 23.10.2014 (doc. web n. 3570631); "Illiceità nel trattamento di dati personali e sensibili presso una struttura ospedaliera" del 18.12.2014 (doc. web n. 3725976);

[2] Si vedano, ad esempio, i seguenti provvedimenti: "Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda Unità Sanitaria Locale di Piacenza" del 06.06.2018 (doc. web 9023253); "Ordinanza ingiunzione nei confronti di Azienda Sanitaria Locale di Alessandria" del 31.01.2019 (doc. web 9099205)

Seminario di specializzazione
AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE PER DPO
Disponibile anche in versione web: partecipa comodamente dal Tuo studio!
accedi al sito >